

O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PRIVACIDADE

RIGHT TO PERSONAL DATA PROTECTION AND THE PRIVACY

*Regina Linden Ruaro**

*Daniel Piñeiro Rodriguez***

*Brunize Finger (Colaboradora)****

RESUMO: O presente artigo propõe um estudo acerca da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de perceber qual o nível de tal tutela e como esta se efetiva. Para tanto, toma-se como paradigma as recentes diretivas da União Européia, a jurisprudência internacional atinente ao tema e, especialmente, o sistema alemão. Posteriormente, far-se-á uma breve análise do cenário brasileiro, com o escopo de esboçar a realidade do ordenamento pátrio, possibilitando a identificação de novas formas de prevenir – e não meramente reparar – ações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais referentes aos dados pessoais que entidades públicas e privadas dispõem a respeito de determinado indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados pessoais. Privacidade. Sociedade de vigilância.

ABSTRACT: This article proposes a study about the protection of personal data in the brazilian's legal system, the aim to verify in which level is these defense. For so, we take as a paradigm the recent Directives of the European Union, as well as the international leading cases pertaining to the subject and especially the German system. Thereafter, will be made a brief analysis of the brazilian's scene, outlining the reality of our law system and allowing us to identify new ways to prevent – rather than just repair – attacks against the fundamental rights related to personal data that public and private entities have of a particular individual.

KEYWORDS: Right to personal data protection. Privacy. Surveillance society.

* Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid – Espanha. Professora Titular da Faculdade de Direito da PUCRS. Email: ruaro@pucrs.br

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS com bolsa do CNPq; Foi bolsista de Iniciação Científica do Programa PIBIC do CNPq; email: daniel_rodriguez1986@hotmail.com.

*** Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, bolsista de Iniciação Científica no Programa BPA/PUCRS.

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca da proteção da esfera privada é, desde sempre, marcada por uma abordagem contraditória. Ao passo que cresce a preocupação político-institucional especialmente no que diz com a tutela de dados e informações pessoais – o que se reflete em diversos documentos nacionais e internacionais –, ao mesmo tempo, no entanto, constitui trabalho cada vez mais árduo o respeito a esta presunção geral. Isto se dá por inúmeros motivos, como as constantes exigências de segurança interna e externa, interesses de mercado e reorganização da administração pública (RODOTÀ, 2008:13). Tais fatos sociais, amparados em um cenário globalizado, corroboram com a gradual diminuição de garantias e valores ditos essenciais a um Estado Democrático de Direito.

Há um século, Sigmund Freud, ao analisar o papel do subconsciente humano, identificou que a figura do *Eu* não mais detinha pleno controle sobre as situações. De forma análoga, hoje, sustenta-se que a privacidade mental, a mais íntima das esferas, estaria sob ameaça, o que violaria fatalmente a dimensão de máxima reclusão individual. Lawrence Farwell, neurologista e pesquisador da Universidade de Harvard, desenvolveu um sistema de registro psicofisiológico do pensamento humano, o que lhe garantiu seleção pela revista *Time* como um dos 100 cientistas que integram uma elite de “Novos Einsteins do séc. XXI” (FARWELL, 2001:135). Assim, se a expressão “digitais cerebrais” antes remetiam obras de ficção científica, hoje é assunto amplamente debatido e aplicado pela comunidade acadêmica.

Afinada a esta tendência está a realidade que se afirma notadamente após 11 de setembro, vale dizer, a da transmutação do direito fundamental à privacidade em mero obstáculo à segurança pública, sendo frequentemente posto à margem por atos legislativos emergenciais. Destacam-se, neste plano, o *Patriot Act*, nos EUA, e as decisões na Europa sobre transferências internacionais de dados dos passageiros de linhas aéreas e comunicações telefônicas¹. Justamente neste contexto de mutações e transformações conceituais, as costuras jurídicas tentam amoldar seus instrumentos de tutela ao cenário instável que sociedade de informação invariavelmente propicia. Dentro deste desafio está também a configuração precisa do dano existente na violação de dados pessoais, quais suas distinções em relação à privacidade e em que medida se faz efetivamente necessária no cenário brasileiro.

Com o objetivo de responder a esses questionamentos, mas sem pretender esgotar a matéria, far-se-á uma análise dos principais sistemas jurídicos que abordam a proteção de dados pessoais, tendo como base leis, diretivas e *leading cases*, tudo com o escopo de melhor compreender um fenômeno que representa, nas palavras de Danilo Doneda, uma pretensa “afirmação do direito como estrutura ao qual devem agir as forças da

¹ Cf. Diretiva 2005/58/CE.

sociedade [...] para que as escolhas relativas às questões que agora enfrentamos sejam realizadas mediante o respeito de valores fundamentais do ordenamento” (DONEDA, 2006:407).

2 POR QUE FALAR EM PROTEÇÃO A DADOS PESSOAS? A SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA E SEUS NOVOS CONTORNOS

O surgimento de novas dimensões na coleta e tratamento de informações foi capaz de provocar, paulatinamente, um aquecimento no resgate à privacidade, o que trouxe à tona a consciência de que novas questões desta natureza necessitariam uma abordagem que se distanciasse do quadro institucional que se aproxima desses conceitos. Reflexo disto é um debate que se dá em meio a uma virada qualitativa, para além de se identificar com a clássica defesa da esfera privada em face de invasões externas. Entra em cena agora a própria conformação organizacional do poder, re-significada pela própria infra-estrutura da informação como componente fundamental (RODOTÀ, 2008:24).

A privacidade posta em termos como “um direito de ser deixado só”, que teve seu marco inicial com o ensaio apresentado pelos professores Samuel Warren e Louis Brandeis, datado de 1890 e publicado na Revista de Direito da Universidade de Harvard, nos remetendo ao antigo paradigma de *zero-relationship*, hoje decai frente ao surgimento de um novo centro gravitacional que leva em conta as contingências sociais: a possibilidade de cada indivíduo controlar o uso de informações que lhe dizem respeito (RODOTÀ, 2008:24).

Não se está a afirmar, entretanto, que no âmago da privacidade não haja espaço para uma abordagem tal que possibilite um controle nestes termos. Nela, porém, o seu exacerbado cunho individualista se fazia notar muito mais do que numa discussão que se dê em termos mais amplos e coletivos, e que leva em conta a possibilidade de grupos econômicos serem capazes de controlar o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações. Uma discussão tal, posta nestes novos termos, talvez concorra mais adequadamente na busca por equilíbrios sócio-políticos mais condizentes aos objetivos e valores de um Estado Democrático de Direito (RODOTÀ, 2008:24).

A partir de uma fórmula simples, em que se adiciona às novas formas de coleta e tratamento de informações a crescente necessidade de dados por parte das instituições públicas para e privadas, não é difícil perceber a inevitabilidade do desenvolvimento tecnológico nas organizações sociais modernas, sob pena de praticar discurso semelhante ao pregado pelos *luddites*², enraivecidos com este processo que não tardou eclodir. Faz-

² Os *Luddites* formavam um movimento social de artesãos têxteis britânicos que, no início do século XIX, se insurgiu contra os desenvolvimentos tecnológicos da Revolução Industrial, muitas vezes destruindo teares mecanizados e outras máquinas que alteraram inteiramente o modo de vida da época.

se necessário um olhar realista sobre este novo sistema, que se caracteriza por uma distribuição e uso do poder diferenciado da vigente até então. Para Rodotà (2008:25), esta é a única forma de alcançar o prometido equilíbrio nas relações entre a tutela das liberdades individuais e a eficiência administrativa e empresarial:

[...] Identificando as raízes do poder fundado na disponibilidade das informações e seus reais detentores, será possível não somente projetar formas de contra-poder e de controle, como também aproveitar as possibilidades oferecidas pela tecnologia da computação para tentar produzir formas diversas de gestão do poder, capazes de oferecer às liberdades individuais possibilidades de expansão antes impensáveis.

Foi em sentido oposto, entretanto, que as estruturas jurídicas definiram seus contornos no tema da esfera privada, quando entrou em cena o fator “tecnologia”. Tentando elaborar estratégias defensivas, acuando a população do tão esperado grande irmão, descrito por George Orwell, na obra 1984. Contrariando estas expectativas, hoje Buchner (2006:5) salienta que não há mais um temor apenas do *große Bruder* (o Grande Irmão), mas também das *kleinen Schwestern* (pequenas irmãs), que estariam configuradas na supervigilância que se instaurou nas relações privadas. Na Alemanha, por exemplo, encontram-se substratos maciços à ideia de que, para além de uma efetiva tutela dos dados pessoais do indivíduo contra intervenções estatais, há também que protegê-los, mais do que nunca, no plano privado. A tendência a uma reunião desta dupla face em uma legislação específica funda-se, no caso do direito alemão, nas atuais condições em que se encontra o tratamento de dados pessoais.

Na sociedade pré-industrial, a documentação acerca das relações pessoais era restrita a uma pequena parte da vida das pessoas, e isso ocorria dentro de uma elite reinante. A rotina diária das pessoas comuns não era documentada de forma escrita. Isto por ser extremamente fácil conseguir coletar, havendo necessidade, todos os tipos de dados possíveis destes cidadãos, tendo em vista que a maioria das relações pessoais se dava proximamente. Relações negociais eram seladas por aperto de mão e testemunhadas por outros (SCHAAR, 2007:18). Pode-se dizer que houve uma substituição da forma pessoal de se relacionar: no lugar de relações perfeitamente definidas com papéis claramente especificados, passa-se a relações confusas e em que se teve a perda da confiança – não era mais claro quando se podia ou não confiar no outro sujeito. O múltiplo levantamento de dados era, na verdade, uma consequência da gradual diminuição – ou transformação – do sentido de ligações pessoais, e se estabelece como uma reação lógica da perda de confiança entre as pessoas. Esse processo inicial, contudo, apresenta alguns pontos positivos, tendo em vista que tal armazenamento, documentação e uso de informações pessoais constituiu condição *sine qua non* para a formação de nossa sociedade moderna (SCHAAR, 2007:34).

O modelo de produção industrial fez necessário que se enrobustecesse o registro dos fatos e acontecimentos diários, como forma de auxílio à memória, como forma de

fazer evidências e como ferramentas para o próprio planejamento da vida. A divisão de tarefas, bem como as máquinas e produtos tinham que ser planejados, controlados e dirigidos. Sem documentação e contabilidade nada disso seria possível. Ao contrário, antes desta era, tinha-se uma produção e estruturação “de boca em boca”. Para o método adotado na produção industrial, que se impôs na Europa desde o fim do século XVIII, já não era mais suficiente este modo de armazenamento tradicional de informações. Questão de destaque, neste cenário, foi o surgimento dos cartões perfurados (*Lochkarten*), que figuram como primeiro rompimento no espaço público, utilizados no 11º censo dos Estados Unidos de 1890/91. Tal tecnologia, posteriormente, foi aprimorada pela IBM, que possibilitou o aprimoramento no ato de coletar e processar dados (SCHAAR, 2007:36).

O uso dos modernos computadores rapidamente se espalhou pelo mundo em todos os espaços. Para as primeiras máquinas, “interatividade” ainda era uma palavra distante. O tão conhecido processamento de dados, gradativamente, debruçou-se sobre as técnicas aplicadas a esta tecnologia. Também foram desenvolvidos e aprendidos programas que trabalhavam eletronicamente, aposentando de vez os cartões perfurados ou mesmo o registro em papel.

Se houve época em que um computador era percebido pelo povo como uma máquina colossal, cujo modo de operar seria dificilmente assimilado, logo se passou a uma nova etapa do fenômeno tecnológico. A introdução dos “computadores pessoais” no mercado, entre os anos 80 e 90, libertaram a informática dos centros especializados, das universidades e das grandes empresas. Atualmente, crianças e jovens, por meio dos jogos virtuais, rapidamente se familiarizam com as máquinas, deixando claras algumas demarcações entre esta e as gerações passadas. De repente, computadores nas escrivaninhas e nos quartos das crianças se tornaram quesito “obrigatório” em todas as famílias (SCHAAR, 2007:36).

Destaca-se que foi com o advento do computador pessoal que se possibilitou o armazenamento e avaliação de dados relativos à vida pessoal dos indivíduos sem a necessidade de existência de um complexo programa apropriado para tal propósito. Alguns setores sociais perceberam nisso quão útil poderia ser coletar e armazenar, para posterior uso ou divulgação, dados pessoais de terceiros.

Assim, se até determinado momento histórico a proteção jurídica do direito à privacidade se mostrava suficiente, hoje, com o desenvolvimento da informática, armazenam-se um número ilimitado de dados de todas as naturezas, os quais circulam entre Estados, particulares e empresas privadas, muitas vezes sem qualquer tipo de controle (RAMIRO, 2006).

Relativamente ao momento em que se apresentou a necessidade de proteção aos dados pessoais, pode-se perceber que a mesma é anterior ao advento dos meios eletrônicos. Nesse sentido, Veiga (2007:59-110) aduz que até mesmo o direito à

intimidade já poderia ser referido como uma noção pré-informática, uma vez que não mais responderia a certas reivindicações jurídicas, como a necessidade de se reconhecer ao indivíduo o direito de controlar as informações a ele atinentes, ou, ainda, a de limitar o período de tempo de conservação de dados em arquivos públicos e privados.

Situações como estas começam a evidenciar a necessidade de criação de novas fronteiras, agora adequadas à realidade digital (DONEDA, 2006: 13). E é nesse contexto que se percebe inevitável a análise do tema da proteção dos dados pessoais. Em uma visão prospectiva, deve haver uma preocupação estatal no sentido de fazer germinar a percepção de que, enquanto indivíduos e enquanto sociedade, diante das dimensões digitais agora existentes, viver em um grupo social democraticamente organizado tomou outro sentido, e isto inclui, em primeira linha, ter a nítida noção do que efetivamente significa hoje *divulgar* informações. Na mesma medida, é importante que haja uma proteção adequada em face de seus registros, distorções e manipulações. Esta é uma tarefa crucial na sociedade de informação, mas por demais negligenciada pelos Estados.

A política, lamentavelmente, vem fracassando neste campo: enquanto as autoridades estatais – da polícia ao setor financeiro – querem coletar e armazenar mais e mais informações sobre nossas vidas, os dados dos cidadãos permanecem desprotegidos de espionagem, mau-uso, manipulação e frequentes equívocos (SCHAAR, 2007:38).

3 A PRIVACY AMERICANA: BREVES APONTAMENTOS

Até o final do século XIX, aquele que tivesse sua privacidade violada não teria muito sucesso perante os tribunais norteamericanos e ingleses. Até esta etapa histórica, as cortes ocupavam-se em reparar situações de violência ou de ataques à propriedade privada e, em realidade, havia certo receio de que a proteção a interesses intangíveis, como a tutela da esfera íntima, pudesse levar a uma inundação de litígios (MULLER, 1971:169-209).

Em contrapartida, num país ainda predominantemente rural, os danos provocados por boatos e intromissões na vida alheia eram relativamente pequenos; não havia ainda os meios de circulação de massa – jornais, rádio, televisão e computadores -e o controle social era mais ou menos severo em relação à extensão da invasão da privacidade das pessoas (por mecanismos morais, não jurídicos). Aliás, a eclosão do *right to privacy* nos Estados Unidos deu-se justamente na substituição de um perfil rural por outro urbano (DONEDA, 2006: 265).

Como divisor de águas neste cenário, a tecnologia gradativamente introjeta-se na sociedade. As informações passavam a circular com mais abrangência, sem a possibilidade de comprovação de sua veracidade por conhecimento direto da situação noticiada. O inflame social das repercussões trazidas por esta nova formatação redundaram, como adiantado, em um texto que por primeiro reclamou proteção jurídica à esfera privada.

De fato, pode-se localizar a origem da proteção à privacidade na Common Law não num case em específico, mas num artigo publicado por dois jovens advogados, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (1890)), na *Harvard Law Review*, intitulado *The right of privacy*. O texto, que inicia com a afirmação de que do direito à vida logo se passou ao direito de aproveitar a vida (*right to enjoy life*), ou *the right to be let alone* (o direito de ser deixado em paz), salienta que o direito à propriedade teve seu alcance ampliado para a noção de propriedade intangível (autoria de obras de arte, segredos comerciais, por exemplo).

Os autores do texto mencionado, no entanto, logo externam a preocupação – ainda atual à realidade do século XXI – de que *o maldizer não era mais o recurso do ocioso e dos perversos, mas tinha-se tornado um negócio, perseguido com indústria e audácia*. O propósito do artigo, pois, foi o de verificar se o direito vigente na *Common Law* previa um princípio que pudesse ser invocado para proteger o direito à privacidade e, em caso afirmativo, qual o alcance dessa proteção.

Alguns pontos merecem destaque no tocante ao modelo americano. O artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, além de, contrariando de outros debates jurídicos e o próprio espírito da *Common Law*, representar uma criação doutrinária da privacy – muito embora já houvesse casos anteriores em que o tema fora enfrentado pela Suprema Corte, ainda que em outras bases como no comentado *case Boyd v. United States*³, a relevância de sua lição está na desvinculação da figura a uma base proprietária (DONEDA, 2006:275).

Saliente-se que a própria ideia de *privacy* americana repele a tradução do termo como exatamente um direito à privacidade, preferindo a doutrina aproximá-la de um verdadeiro direito geral da personalidade. Sob essa abrangência, reúnem-se a tutela da tranquilidade no próprio lar, o controle sobre informações pessoais, o controle sobre o próprio corpo, a liberdade de pensamento, as questões envolvendo vigilância, reputação, averiguações e interrogatórios abusivos, planejamento familiar, educação dos filhos, aborto, eutanásia, orientação sexual, num rol aberto e cujos limites não se pode estabelecer *a priori*.

3.1 A DEFINIÇÃO DE PRIVACY (JOHN L. MILLS)

Qual seria a definição mais adequada do termo “privacidade”? Várias são as conceituações apontadas pela doutrina. Para Rodotà (2008:15), por exemplo, seria “o

³ Um dos cases mais antigos e que se estrutura sobre essa emenda é o de *Boyd v. United States*, de 1886, referente à exposição de documentos fiscais, a qual foi considerada inconstitucional com base na quarta emenda; o que não impediu outras decisões em sentido contrário, de forma que tem-se, em 1928, no caso *Olmstead v. United States*, a recusa de estender a proteção da mesma emenda a uma interceptação telefônica, já que não se tratava de uma “invasão física” na residência alheia (os fios que permitiram a escuta se situavam no lado externo da casa).

direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”. A partir dela, percebe-se a vertiginosa tendência em priorizar o aspecto informacional da esfera privada, por vezes deixando à margem outros aspectos “não digitais” também merecedores de tutela jurídica, pois não desapareceram de um mundo em que indivíduos ainda se relacionam de forma pessoal e nem sempre mediados por fronteiras virtuais.

De qualquer forma, a maioria dos estudos converge ao ponto central de que constitui conceito variável no tempo, espaço e cultura. Tendo em vista isso, a definição de John L. Mills (2008), calcada fundamentalmente na experiência norte-americana da *privacy*, parece adequada, porque analisa a privacidade sobre quatro prismas, sem necessariamente implicar em uma pretensão de completude, a saber:

a) The Autonomy Sphere: The Personal Freedom to Make Decisions

Essa esfera é fundamental para a liberdade e identidade individual. O governo, tradicionalmente, regula, ou tenta regular essa esfera, onde as decisões do tipo: quais roupas usar, que religião seguir, que organizações integrar etc.

Para se fazer parte da sociedade, se abre mão de muitos direitos, e se adquirem muitos outros “impostos” pelo Estado, que variam de acordo com a visão de moralidade de cada povo. As cortes dos Estados Unidos têm jurisprudência que trata do direito das pessoas de tomar decisões, liberdade de expressão, de religião, de associação, todos esses são protegidos por leis. A liberdade de tomar decisões é garantida, e existem inúmeras formas legais de defendê-la. É protegida pelo direito à privacidade explícito em algumas constituições estatais e implicitamente previsto na Constituição dos EUA, articulado como uma zona de privacidade ou liberdade de associação.

b) The Personal-Information Sphere: Protecting Personal Data

Trata-se do controle da informação pessoal, que é a esfera menos desenvolvida e protegida no direito americano. A partir dele, as pessoas procuram proteger suas informações ou não as tornando públicas, ou tentando reparar os danos causados pela sua publicação indevida. Neste contexto, A Suprema corte dos Estados Unidos concluiu que privacidade constitucional inclui não somente “interesse na independência para se tomar certos tipos de decisões importantes” como também “interesse individual em evitar a abertura de interesses pessoais.” Ainda assim, informações pessoais são minimamente protegidas neste sistema.

As informações pessoais podem ser protegidas também pelos princípios do direito civil tais como: “*false light, defamation, public disclosure of facts e intrusion upon seclusion*”, todos baseados em uma “expectativa razoável” de privacidade contra cada intrusão.

Existem varias formas de informação pessoal, algumas muito íntimas, que só serão conhecidas se a pessoa quiser compartilhá-las, e outras, também íntimas, mas que são

compartilhadas com médicos, padres e advogados. Algumas são necessárias para licenças, viagens e alguns tipos de compras, mas mesmo sendo dadas de forma voluntária, não se permite que sejam tornadas públicas de qualquer forma e sem qualquer controle.

Informações também são capturadas por interceptação de e-mail, grampos de telefone, mas para isso são necessárias autorizações especiais. É inegável que, com o avanço da tecnologia, está mais fácil de conseguir informações. O Estado e as empresas privadas usam de métodos para conseguir informações pessoais, e, assim, obterem ganhos financeiros.

O nível de controle das pessoas sobre suas informações acabará gerando conflitos de segurança e de interesse comercial. A proteção dessa esfera se dá por constituições estatais ou *tort law*, como *defamation*, *false light*, *public disclosure of private facts*.

c) The Personal-Property Sphere: Protecting Private Property

A *Personal-Property Sphere* é a esfera mais antiga tutelada no direito estadunidense, e a mais bem protegida. Ela pode ser regulada pelo direito civil, e também pelo direito constitucional. Os tipos de direito protegidos aqui são o direito de usar uma propriedade, de vendê-la, de expulsar um invasor; os tipos de posse também se enquadram aqui, e determinam a extensão do controle que se tem sobre a propriedade, aluguel, casa própria etc.

Teorias do direito de propriedade também são utilizadas para proteger alguns tipos de informações. Por exemplo, a propriedade sobre direitos autorais, patentes e marcas. É tutelada, por exemplo, pela *Tort of appropriation of name or likeness*.

d) The Control-of-Physical-Space Sphere: Protecting the Person

O espaço físico pessoal é regido pelos princípios de direito civil e criminal. Parte desse direito vem da antiguidade legal, e até mesmo em povos onde não existe propriedade privada, o espaço físico pessoal é respeitado. Ele está diretamente ligado ao espaço físico que escolhemos ocupar, e é protegido pela *Tort Law*, pelas *torts* de *trespass* e *intrusion up seclusion*.

4 O REDIMENSIONAMENTO DA PRIVACIDADE SOB O ENFOQUE INFORMACIONAL E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

A temática da privacidade passou a se estruturar, fundamentalmente, em torno da informação, e especificamente dos dados pessoais. Se a caracterização da nossa organização social como uma comunidade cada vez mais calcada sobre o acúmulo e circulação de informações comportou o nascimento de um novo instrumento de base – ao qual se coliga o estabelecimento de novas situações relações de poder – qual seja, a

questão da legitimação do poder fundado em informação, tanto no âmbito estatal como aquele vinculado à indústria.

O caminho a ser percorrido, ainda incerto, parece acarretar na impossibilidade de renúncia à infra-estrutura informativa, que se torna cada vez mais sofisticada, ampla e trazendo promessas de garantia efetiva (RODOTÀ, 2008). Prova disso são as construções legislativas e jurisprudenciais dos últimos quarenta anos. Neste sentido, podem ser citados como exemplos o recente ramo estadunidense de *privacy*, denominado *Informational privacy*, que envolve interesses de proteção de questões extremamente íntimas, como aquelas mais relacionadas ao desenvolvimento da personalidade, nome, formas de identificação, etc; o surgimento do direito à autodeterminação informativa, no sistema alemão e que adiante será explorado; e as recentes diretivas do Conselho Europeu abordando o tema.

Pode-se arguir que uma divisão desse porte, entre privacidade, proteção de dados e outros direitos de personalidade seja irrelevante, e que talvez não houvesse necessidade de criar novas categorias para a proteção da esfera privada do indivíduo, mas simplesmente utilizar os instrumentos jurídicos já existentes para promover suas condições básicas. No entanto, uma tendência é clara: os problemas atinentes à esfera privada do indivíduo não podem mais ser reduzidos às fronteiras tradicionais da privacidade, calcadas fundamentalmente no pêndulo “recolhimento” e “exposição”, o que acaba por induzir a predileção por instrumentos exclusivamente individuais de proteção, refutando-se, portanto, um dever estatal nesse campo. Exaltar o poder do indivíduo no combate à coleta de dados tem o objetivo claro de eximir o Poder Público de uma atuação mais ativa.

4.1 O SURGIMENTO DO DIREITO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

O artigo pioneiro dos norte-americanos Samuel Warren e Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, trouxe a ideia de um direito básico a proteção da pessoa e de um direito de estar sozinho. Partindo deste ponto inicial é que se desenvolveu o pensamento de que o indivíduo teria o direito de decidir sobre a publicização de informações relevantes sobre sua pessoa. Teria aqui suas raízes⁴ o que o Tribunal Constitucional Federal alemão anos após, em 1983, logrou definir como o *direito à autodeterminação informativa*.

⁴ No entanto, em que pese seja do ordenamento jurídico americano o mérito de iniciar tais debates, em termos de *privacy* como um direito geral de personalidade, há de se ressaltar a problemática opção do senado estadunidense em não adotar um sistema de proteção de dados independente, o que refletiu principalmente nas questões de âmbito privado. Tal déficit de tutela foi levado em consideração pela União Europeia, que tratou do assunto em diferentes convenções e diretivas, estabelecendo o dever de proteção dos dados pessoais em instituições públicas e também em organizações privadas (SCHAAR. *Das Ende der Privatsphäre: der Weg in die Überwachungsgesellschaft*. 2007, p. 19-21).

No entanto, antes mesmo da referência expressa à sua figura no sistema jurídico alemão, o Tribunal Constitucional já abordava o assunto de diferentes formas, de modo que não houve propriamente a *criação* do direito em um único precedente; o que se fez, isto sim, foi reconhecer status de direito fundamental a uma construção que já contava com certa elaboração jurídica (BUCHNER, 2006:41). É o que se depreende da análise de precedentes anteriores à Sentença da lei do Censo (*Volkszählungsurteil*) – a seguir analisada – na medida em que referiam um direito a autodeterminação do indivíduo sobre seus dados pessoais.

Na *Mikrozensus-Entscheidung* (BUCHNER, 2006:41), por exemplo, foi garantido o direito de autodeterminação dos indivíduos no sentido de poder controlar e fiscalizar o levantamento de seus dados pessoais e relativos à sua vida privada. Ressaltou-se a ideia de que toda pessoa precisaria permanecer, para o efetivo desenvolvimento livre e responsável de sua personalidade, em uma espécie de “espaço interno”, no qual ela domina e controla a si própria e do qual ela possa se retirar sem sofrer influências externas. Tal espaço deveria permitir que se ficasse em paz e que se aproveitasse um direito de estar só.⁵

Em decisões posteriores também se utilizou o elemento específico da autodeterminação no tocante ao direito geral de personalidade. Cada vez mais o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha lançou mão de diferentes formulações desta figura jurídica. Na grande maioria dos casos, era suscitada no sentido de que o indivíduo poderia escolher como ser representado ou visto por terceiros ou pelo público como um todo. Uma autodeterminação nesse sentido abrangeria o direito à própria imagem e aquilo que é dito, bem como a possibilidade de dispor sobre a representação de si mesmo (BUCHNER, 2006:42).

Em 1977, a Alemanha já apresentava uma lei federal sobre a matéria – vale dizer, a primeira do mundo a tratar da proteção de dados pessoais, originária da *Land* de Hesse –, mas que se mostrou incapaz de fornecer garantias suficientes aos cidadãos e de enfrentar a Lei do Censo.

Valendo-se desta lei, o Estado pretendia finalizar um censo geral em 1983, que tinha como objetivo principal, a partir de 160 perguntas, confrontar os dados fornecidos com os do registro civil. Além disso, as perguntas eram de cunho pessoal, que iam desde as aspirações profissionais do indivíduo até suas práticas religiosas e políticas. Ademais, outros pontos suscitaram controvérsia, como a possibilidade de transmissão dos dados colhidos a autoridades federais e a outros *Länder*, e até mesmo a previsão de multa

⁵ Assim dispôs a Corte em seu precedente: “[...] *Ein solches Eindringen in den Persönlichkeitsbereich durch eine umfassende Einsichtnahme in die persönlichen Verhältnisse seiner Bürger ist dem Staat auch deshalb versagt, weil dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit willen ein “Innenraum” verbleiben muß, in dem er “sich selbst besitzt” und “in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt” [...].*”

àqueles que não respondessem ao Censo e inserção de mecanismos que favorecessem a denúncia destas pessoas (DONEDA, 2006:192).

Nesse cenário, proliferou o sentimento de insegurança, temendo-se a criação de um Estado superinformado, e se iniciou um processo que terminou com a sentença da Corte Constitucional, suspendendo provisoriamente o censo e, posteriormente, julgando-o inconstitucional, sob o argumento principal de que, caso os dados recolhidos fossem e utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos, estaria caracterizada a diversidade de finalidades, que impediria o cidadão de conhecer o efetivo uso de suas informações. Salientou ainda que o rigor estatístico não poderia coexistir com a necessidade dos órgãos administrativos de identificar os titulares de dados.

Este acontecimento é considerado o marco oficial em que surge da autodeterminação informativa, que seria, segundo a sentença, *os direitos dos indivíduos decidirem por si próprios quando e dentro de quais limites seus dados pessoais poderão ser utilizados*. A partir desta ideia, o sujeito passa a poder decidir quando e sob que circunstâncias poderão dar conhecimento de seus dados pessoais. Cabe ressaltar que o americano Westin, já em 1967, falava nesta figura jurídica. No entanto, ainda que não desenvolvida *originariamente* pela própria Corte Constitucional, a Sentença da Lei do Censo é apontada pela maioria maciça da doutrina como uma referência na proteção de dados pessoais (1967:7).

Especificamente no direito alemão, esta decisão é considerada a Magna Carta do seu desenvolvimento, na medida em que sua declaração trouxe suporte para a discussão *constitucional* sobre a intervenção e controle Estatal neste âmbito. A partir de então, passou-se a exigir que cada limitação ou restrição ao direito à autodeterminação informativa tivesse base jurídica constitucional.

Buchner (2006:46) ressalta a necessidade de clareza na atuação do Poder Público ao restringir o direito, bem como congruência entre o motivo legal e a efetiva coleta. Assim, a proteção dos dados pessoais é a regra, e a intervenção estatal se dá em casos excepcionais. O ente público deve sempre, no tratamento destas informações, atuar em consonância com as previsões e autorizações legais, respeitando também o princípio da proporcionalidade.

5 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E O PROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Da leitura do sistema jurídico brasileiro, contrariamente à opção legislativa européia, extrai-se uma estrutura normativa complexa e não unitária, que apresenta diversos institutos esparsos e é a partir da análise de uma cláusula geral da personalidade que se estabelecem os contornos do seu alcance e propósito.

Promulgada em 1988, a Constituição Federal apresentou técnica mais apurada e inovou ao reconhecer diversos direitos e garantias específicas. Em seu corpo normativo, abordou tanto a proteção dos direitos referentes ao cidadão como aqueles concernentes ao próprio Estado. Assim, o seu art. 1.º, III, ao reconhecer o princípio da dignidade humana, protegeu de imediato todos os direitos da personalidade, além de positivizar garantias como a do direito à liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX) e do direito à informação (art. 5º, inc. XV), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, inc. X), a garantia do Habeas Data (art. 5º, inc. LXXII), a proibição da invasão de domicílio (art. 5º, inc. XI) e violação de correspondência (art. 5º, inc. XII) (DONEDA, 2006:323).

No que toca à identificação dos direitos da personalidade na Carta Política vigente, fundamental salientar o apontamento feito por Tepedino (2004:47), no sentido de que não seria necessário que os direitos da personalidade fossem representados em um único direito subjetivo, ou ainda que fossem classificados múltiplos direitos da personalidade. A técnica mais apropriada seria a de, isto sim, proteger amplamente a pessoa humana em todos os seus aspectos. Destarte, pode-se afirmar que a dignidade seria o fundamento da República, configurando verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. Esta dignidade, por sua vez, apresenta profunda relação com os direitos fundamentais, pois, como apontado por Pasqualini, ambos atuam no centro do discurso jurídico constitucional, configurando espécie de código genético, “em cuja unifixidade mínima convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática” (1999: 80-81).

Nesta seara, ressalta-se, ainda, o atual entendimento de que os direitos fundamentais – que visam, juridicamente, a limitar o poder estatal, proibindo a interferência no plano individual dos cidadãos e, ao mesmo tempo, exigindo uma prestação estatal efetiva para a proteção desses direitos (HEIZENREDER, 2007:157) – são auto-aplicáveis no território brasileiro (SARLET, 2010:244-245) e, portanto, o simples fato de inexistência de legislação específica que trate do direito à proteção de dados pessoais não pode constituir óbice para que se perfectibilize a sua defesa. Por este motivo, caberia ao Poder Judiciário, diante do caso concreto, tutelar a pretensão daqueles que pretendam ver seus dados pessoais protegidos, quer seja na relação de particulares, quer seja na seara do direito público.

A figura do *habeas data*, um dos importantes remédios constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988, representa talvez o mais relevante meio de proteger a esfera íntima dos indivíduos e, por este motivo, foi expressamente previsto entre as garantias fundamentais dispostas no art. 5.º de nossa Carta Política. Dentre as suas finalidades, destacam-se as de proteger a intimidade das pessoas contra usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios ilícitos e evitar a introdução dos já referidos dados sensíveis nestes arquivos. Visa também a desfazer a conservação de

dados falsos ou com fins diversos dos previstos em lei. Meio célere de proteger os cidadãos, está entre as garantias protegidas pelo art. 60, §4.º, IV, da CF/1988, tornando-a cláusula pétrea, intocável por qualquer tipo de revisão constitucional que se pretenda executar. O *habeas data* é regido por rito próprio, determinado pela Lei n.º 9.507/1997 que, dentre outras determinações, dispõe que deve haver uma fase administrativa prévia perante o órgão ou banco de dados pertinente (SILVA, 2001:451).

Voltados para tal realidade, os Estados modernos, promovem mais e mais a garantia de respeito à dignidade da pessoa humana bem como a transparência nos atos da Administração Pública e isto porque, dentro desta perspectiva, hoje é impensável deixar de reconhecer o direito do cidadão de dispor dos seus dados pessoais da mesma forma que tem direito de dispor livremente do seu corpo. Há a consciência de que o armazenamento de dados em computadores e outros tipos de bancos de dados pode significar uma agressão à intimidade da vida privada e, também, ofender outros bens jurídicos fundamentais.

Na França, por exemplo, a legislação contém normas muito claras sobre o direito de acesso a fichários, muito mais avançadas que nossa Constituição Federal, pois prevê sanções penais rigorosas. A lei de proteção de dados pessoais estabelece, que a informática deve estar a serviço de cada cidadão não atentando contra a dignidade da pessoa humana, nem contra os direitos do homem ou às liberdades individuais ou públicas.

A Alemanha, em sua Lei de Proteção Contra o Emprego Abusivo de Dados de Identificação Pessoal no Âmbito do Tratamento de Dados, criada em 1970 para o estado de Hesse tem, entre as principais medidas, a preocupação de assegurar a proteção de dados, proibindo a consulta, modificação ou destruição das informações pelas pessoas que não têm legitimidade para tanto. Na segunda parte, prevê a atuação de um comissário, eleito pelo parlamento e com amplos poderes, incumbido da vigilância dos dados.

Conforme já exposto anteriormente, mas a título de comparativo, tem-se que nos Estados Unidos, o “Freedom of Information Act”, de 1974, e sua reforma de 1986, asseguram o acesso à informações e à retificação, ou complementação delas, com ação civil contra a respectiva agência. Existe também a lei de privacidade, “Privacy Act” de 31/12/1986.

O Brasil foi o primeiro país, a conceber garantia própria para a proteção de dados, criando o *habeas data* em sua Constituição de 1988. Após, outros países introduziram em suas legislações tais previsões de formas variadas.

No artigo 43 da Constituição Argentina consta que:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

No primeiro artigo da Constituição portuguesa está definido que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O artigo 35 dispõe sobre a utilização da informática estipulando que:

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.
2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.
3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.
4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.
5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.
6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.
7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei..

Nota-se uma preocupação em resguardar dados que possam colocar em risco a soberania nacional. Esse dispositivo constitucional é complementado pelo artigo 18, que dá aplicabilidade e eficácia aos preceitos constitucionais:

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

A Constituição espanhola, por sua vez, possui dispositivos avançados, não deixando faltar preceitos que relativos à protecção do indivíduo frente à utilização da informática, tampouco, de sua intimidade. Constantes no artigo 18:

Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

O artigo 105, em igualdade de importância, é voltado para a preservação das liberdades públicas, referindo-se à questão de arquivos e registros:

Artículo 105.

La ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

No Brasil, no plano infraconstitucional, integram este rol algumas disposições de natureza comercial e tributária, como o sigilo dos agentes do fisco (art. 198 do CTN), além das Leis n.º 9.296/1996 e n.º 10.217/2001, que tratam da interceptação telefônica e da gravação ambiental. Há, ainda, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), que trata dos bancos de dados nas relações de consumo, bem como a LC 105/2001, que permite às autoridades administrativas a quebra do sigilo bancário, em certas situações, sem autorização judicial (LIMBERGER, 2008:215-242).

Resta, no entanto, uma indagação pendente, neste contexto: estariam os dados pessoais igualmente tutelados a partir do complexo normativo apresentado pelo legislador brasileiro? Mais do que isso, seria necessária uma proteção específica dos dados pessoais em nosso cenário legislativo, como fez a União Européia? A mera derivação do direito à proteção de dados pessoais do direito à privacidade, e não como direito fundamental autonomamente reconhecido, não arriscaria simplificar os fundamentos de tutela deste novo direito, o que implicaria na diminuição do seu alcance de proteção?

Para Doneda (2006:358-359), a resposta se aproxima da constatação de que a proteção de dados pessoais seria uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, mas que “não poderia estar limitada por esta, ao mesmo tempo em que faz referência a todo leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento brasileiro”. Especificamente quanto à suficiência de instrumentos como o *Habeas Data* e o arcabouço legislativo que dispomos como um todo, assim se manifesta o autor:

O caráter remedial do sistema de proteção de dados pessoais brasileiro é patente, e parece mais condizente com as concepções liberais que consideram a proteção de dados pessoais e a própria privacidade liberdades negativas. A normativa infraconstitucional não nos resulta compatível com a alçada que uma leitura constitucional dos interesses

ligados à proteção de dados pessoais proporciona, porém necessidade de instrumentos adequados para a atuação – se não por outro motivo, para propiciar a efetiva atuação da Constituição no que tange à tutela da personalidade

Neste cenário, destaca-se outra questão que merece revisão por parte da doutrina e operadores do direito civil é o instituto do *consentimento*, no que diz com sua adaptação e reconstrução frente a um direito civil condizente com a realidade de uma sociedade em rede e de informação. Passa, portanto, a figurar como instrumento por excelência da manifestação da escolha individual, ao mesmo tempo afirmando-se e fazendo referência direta aos valores fundamentais em questão. Se por um lado ele revela o aspecto da autodeterminação, já exposto ao longo deste trabalho, também passa a figurar como instrumento de legitimação (DONEDA, 2006:378).

A partir desta nova visão, adequando-se como verdadeiro instrumento de legitimação que, a partir dele, possibilite ou não a utilização dos dados pessoais por terceiros, sempre evitando esquemas proprietários de sistematização da matéria, é que se percebe uma dupla-face do instituto. Se por um lado está presente o caráter de autodeterminação, funcionando como condição de acesso à esfera privada, também há o aspecto da legitimação propriamente dita quando da inserção de dados em algum tipo de mercado, seja ele qual for (DONEDA, 2006:379). Desvela-se, por estes argumentos, o problema do consentimento e seus matizes – autodeterminação e legitimação – no âmbito da proteção de dados pessoais, buscando sempre um equilíbrio entre ambos.

A par desta realidade é que está em consulta pública proposta pelo Ministério da Justiça, um projeto de lei de proteção de dados pessoais.

O projeto de lei em questão já se anuncia como que: “dispõe sobre a proteção de dados pessoais, privacidade e dá outras providências”.

Sobressai de imediato, a distinção que o sistema jurídico brasileiro passa a fazer entre o direito fundamental à privacidade do direito à proteção de dados pessoais. No entanto, não menciona em seu texto o direito à intimidade o que a nosso ver consiste em uma falha já que no âmbito de proteção desta encontram-se os chamados dados sensíveis elencados no artigo 4º, inciso IV, como por exemplo os dados médicos, os dados religiosos, de orientação sexual dentre outros que, a rigor não estão abarcados pelo direito à privacidade.

Outro aspecto relevante do projeto de lei está na necessidade de consentimento na utilização de dados pessoais de modo a evitar um temido *all-exonerating instrument*, referido por (BURKERT, 2000:61-62), no sentido de neutralizar os direitos fundamentais. Para tanto, percebe-se essencial a refutação de suas vestes tradicionalmente ligadas a mecanismos negociais, tendo em vista que, em matéria de proteção de dados, estão profundamente arraigados elementos da personalidade (DONEDA, 2006:367). Ressalta-se que, a exemplo da Lei espanhola de proteção de dados, não se considera incompatível

a finalidade histórica, estatística ou científica, como dispõe o mesmo artigo da lei (PIÑAR, 2005:29).

Outro problema que poderá surgir do texto legal se for aprovado como se propõe é o previsto no art. 3º, parágrafo primeiro, inciso II que exclui do seu âmbito do âmbito de aplicação os bancos de dados para fins jornalísticos. Tal previsão está atrelada ao direito fundamental à liberdade de expressão e, por conseguinte, liberdade de imprensa. Mas sobressai daí outro de muitos questionamentos acerca da proteção de dados pessoais. Em que medida a imprensa pode manter nossos dados? Qual o limite de sua manutenção? Qual o nível de proteção nesta matéria que se assegura ao cidadão?

Saliente-se que não há no Brasil qualquer regulação acerca da liberdade de imprensa, sendo que a matéria é ainda bastante controversa o que, por hora, deixa antever uma liberdade total dos meios de comunicação. No entanto, é flagrante que há a possibilidade de colisão de direitos fundamentais nesta matéria – proteção de dados pessoais- direito à privacidade – liberdade de imprensa – cuja solução, como ensina a doutrina constitucional, adviria da aplicação dos princípios, concretamente os da razoabilidade e proporcionalidade.

Gilmar Mendes (1994:297-301) afirma que o texto Constitucional não impede nem exclui a possibilidade de uma limitação ao direito fundamental à liberdade de expressão e de informação salientando que tais direitos devem respeitar aos demais dispositivos constitucionais sob pena de tornar-se um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Em análise profícua o autor ao examinar a liberdade jornalística aponta a cláusula contida no art. 220, §1º da Constituição Federal, segundo a qual “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII e XIV”.

Em que pese a inexistência de uma hierarquia entre normas constitucionais vê-se que na Constituição Federal se inclina pela prioridade da liberdade de informação em detrimento do direito à intimidade/privacidade. Compreende-se tal adoção em vista de que a liberdade de informação está diretamente relacionada ao Estado de Direito que por sua vez é incompatível com a censura. No entanto, em colisão de direitos a ponderação de cada caso deve fazer-se presente sob pena de um direito sobrepor-se ao outro causando evidente prejuízo ao sistema jurídico.

Também não se pode desprezar, um problema que tem gerado inquietação e que se refere o acesso dos dados pessoais e processos judiciais em rede mundial nos sites do Poder Judiciário. O projeto de lei ora comentado, somente exclui de seu âmbito de aplicação (ar. 3º, III) as questões diretamente ligadas a “...segurança pública, defesa, segurança do Estado e suas atividades de investigação e repressão de delitos serão regidos por legislação específica”.

Nesse particular, basta com que qualquer indivíduo coloque um nome no link “consulta processual” nos *sites* disponibilizados pelo Poder Judiciário – excluídos os da Justiça do Trabalho, da esfera criminal e os que estão sob sigilo – para ter acesso aos processos cíveis aos quais se está demandando ou sendo demandada determinada pessoa.

Não se nega que a transparência e o princípio da publicidade obrigam também ao Poder Judiciário, mas, a interpretar-se a o projeto de lei de proteção de dados pessoais, esta atividade não é compatível com seus propósitos.

O problema que daí se manifesta é que já tais dados podem sim provocar prejuízos diretos ou indiretos ao cidadão na medida em que empregadores, por exemplo, podem deixar de contratar aqueles que estão demandando ou sendo demandados por empresas.

Por outro lado está o previsto no art. 5º do Projeto de Lei que: “O tratamento de dados pessoais por parte de pessoas jurídicas de direito público é permitido para o cumprimento de suas funções institucionais, dentro dos limites da lei.”

Surge, a partir deste momento, uma reflexão que deve ser feita: O acesso a informação de existência de processo judicial em rede mundial a partir da mera informação de um nome está abarcado pelo cumprimento das funções institucionais do Poder Judiciários?

Tal indagação requer um estudo aprofundado onde se deve realizar um cotejo entre regras, normas e princípios a partir de uma interpretação sistemática. Por tal motivo, deixa de ser objeto do presente trabalho a fim de evitar tangenciar questão por demais relevante.

Ainda, o referido projeto de lei dispõe sobre a criação do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais (art. 38) que contará com autonomia administrativa, orçamentária e financeira com a competência de atuar como Autoridade de Garantia na matéria, remetendo a uma legislação específica a sua estruturação e o conjunto de atribuições. Possivelmente o Conselho se constituirá sob a forma de autarquia já que é bem provável que o mesmo tenha atue como agência reguladora.

De forma breve, pode-se afirmar que a partir desta nova visão no adotada no Brasil com a iniciativa de regular especificamente a matéria, adequando-a como verdadeiro instrumento de legitimação que, a partir dele, possibilite ou não a utilização dos dados pessoais por terceiros, sempre evitando esquemas proprietários de sistematização da matéria, é que se percebe uma dupla-face do instituto. Se por um lado está presente o caráter de autodeterminação, funcionando como condição de acesso à esfera privada, também há o aspecto da legitimação propriamente dita quando da inserção de dados em algum tipo de mercado, seja ele qual for. Desvela-se, por estes argumentos, o problema do consentimento e seus matizes – autodeterminação e legitimação – no âmbito da proteção de dados pessoais, buscando sempre um equilíbrio entre ambos.

6 CONCLUSÕES

Difícilmente um operador do direito, ao analisar os problemas relacionados à era digital, não se depara com situações paradoxais e conflitantes. Assim também ocorre ao se tratar do tema de proteção de dados pessoais, na medida em que, fruto do direito à privacidade, extrapola seus limites, comunicando-se livremente com conceitos e vocábulos metajurídicos. Inicialmente, está contido no âmbito da privacidade, mas o supera, abarca e re-significa, funcionando como livre espaço de mediação (DONEDA, 2006:403).

Tal transição, no entanto, longe de findar, esboça seus primeiros contornos, deixando clara a necessidade de o direito civil confrontar uma série de elementos, estranhos ao seu domínio há poucas décadas. Para além destas dificuldades de metodologia e organização jurídica, estão os tormentos que a própria tecnologia acarreta nesta seara. É que o estabelecimento de um regime de proteção de dados pessoais bem regulado, com todas as consequências que inevitavelmente implica, atinge centros de interesses bastante diversos, devendo existir necessariamente um esforço legislativo tal que resulte em uma sofisticação terminológica suficiente a dar conta de todas as contingências tecnológicas do debate que se trava. Tomando em conta esta percepção, resta claro um dos vários paradoxos, qual seja, a necessidade haver transparência para tutelar a privacidade (DONEDA, 2006:404).

A lógica necessária ao abordar o tema, portanto, é a de que, em que pese sua denominação – “proteção de dados pessoais” – indique um âmbito reduzido e unilateral de estudo, seu objeto resulta numa disciplina abrangente da realidade informacional (DONEDA, 2006:407). Para além da defesa da privacidade, o que se protege e regula, a partir de suas proposições, é o direito de acesso e o poder de controle a informações pessoais, muitas vezes que tangenciam o caráter individualista de privacidade. Ademais, as bases para uma ideia de privacidade, hoje, mais se assemelham a placas tectônicas em atrito, cujo epicentro se identifica no uso da internet por todos – inclusive pelo Poder Público –, em sociedades democraticamente organizadas. Não há mais barreiras intransponíveis às informações, e isto constitui o verdadeiro calcanhar de Aquiles do Direito em matéria de proteção de dados, uma vez que uma atuação nesta área implica em uma intervenção positiva do Estado.

REFERÊNCIAS

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The right to privacy*. Disponível em: <www.lawrence.edu/fast/boardmaw/privacy_brand_warr2.html>. Acessado em: 21.03.2011.

BUCHNER, Benedikt. (2006), Informationelle Selbstbestimmung In: *Privatrecht*. Mohr. Siebeck.

BURKERT, Herbert. (2000). A German/European Perspective. In: *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*. Engel; Kenneth Keller. Baden-Baden, Nomos.

- COMPARATO. (2006). *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo, Companhia das Letras.
- DONEDA, Danilo. (2006). *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Renovar.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. (1996). *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris.
- HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. (2007). *O direito à intimidade e à vida privada do empregado frente ao poder diretivo do empregador: o monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. 157f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. (2008). *Intimidade genética & direito da personalidade*. Curitiba, Juruá.
- LEVY, Pierre. (2007). *Cibercultura*. Rubi (Barcelona): Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, Editorial México.
- LIMBERGER, Têmis. (2007). *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- MENDES, Gilmar Ferreira. (1994). “Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem”. *Revista da Informação Legislativa*. n. 31, maio/junho. 297-301.
- MILLER, Arhur R. (1971). *The assault in privacy: computers, data banks and dossiers*. s.l.: The University of Michigan Press.
- PANITZ, João Vicente Pandolfo. (2007). *Proteção de dados pessoais: a intimidade como núcleo do direito fundamental à privacidade e a garantia constitucional à dignidade*. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- PASQUALINI, Alexandre. (1999). *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis. (2005). “El derecho fundamental a la protección de datos personales, algunos retos de presente y futuro”. *Revista Parlamentária de La Asamblea de Madrid*, n. 13. Madri.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis. (2006). “El derecho fundamental a la protección de datos personales”. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- RAMIRO, Mônica Arenas. (2006). *El derecho fundamental a la protección de datos personales em Europa*. Valencia, Tirant to Blanch.
- RODOTÁ, Stefano. (2008). *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro, Renovar.
- RUARO, Regina Linden. (2007). “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador”. In: SARLET, I.W. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre, Livraria do Advogado. v. 1, cap. 9.
- RUARO, Regina Linden. (2007). “Responsabilidade Civil do estado por dano Moral em Caso de Má Utilização de Dados Pessoais”. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 1 – out./dez.
- SARLET, Ingo Wolfgang. (2010). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Globo.

- SCHAAR, Peter. (2007). *Das Ende der Privatsphäre: der Weg in die Überwachungsgesellschaft*. Munchen, C. Bertelsmann.
- SILVA, José Afonso. (2001). *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo, Malheiros Editores.
- TÉLLEZ, Fernando A. (2006). “Protección de datos personales: la directiva comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica”. In: MAÑAS, José Luis P. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- TRAVIESO, Juan Antonio. (2006). “La protección de datos personales en América latina: unidos o desprotegidos hacia una red iberoamericana de protección de datos personales”. In: MAÑAS, José Luis P. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- VEIGA, Armando; RODRIGUES, Benjamin Silva. (2007), “A monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações electrónicas”. *Raízes Jurídicas*, v. 3, n. 2.
- WESTIN, Alan. (1967). *Privacy and Freedom*. New York, Atheneum.